Doutrina

SALÁRIO, FÉRIAS E AVISO PRÉVIO NA NOVA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

LUIZ CARLOS AMORIM ROBORTELLA

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da nova Constituição Brasileira, em 5 de outubro de 1988, sensíveis modificações sofreu o Direito do Trabalho, quer no plano individual, quer nos aspectos coletivo, tutelar e previdencial.

O presente trabalho tem por finalidade o exame das principais inovações que afetaram o salário, as férias e o aviso prévio.

É claro que, em se tratando de análise do texto constitucional, as regras de hermenêutica são especiais, inconfundíveis com aquelas que norteiam a exegese das normas sub-constitucionais. Há que ter presentes os traços característicos dos modelos constitucionais, conforme a lição de CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES DE BRITO (1):

a) inicialidade, que diz com a formação originária do ordenamento jurídico;

b) conteúdo acentuadamente político;

c) estrutura de linguagem mais influenciada pelo fenômeno político do que pelas tecnicalidades da terminologia jurídica;

d) predominância das normas de estrutura.

Assentadas essas premissas, cabe realçar que, dada a incontrastável superioridade hierárquica da norma constitucional, não deve ser interpretada a partir das regras ordinárias em vigor; ao contrário, estas é que devem ser apreciadas com respaldo naquela (2).

Desse modo, valemo-nos neste estudo do método de interpretar, em primeiro lugar, a norma constitucional em face dos princípios e dos demais preceitos inseridos na Constituição. Recorremos à lei ordinária apenas quando se nos afigurou compatível e, principalmente quando, a partir da experiência jurídica no seu trato, emergiu a justificação do conteúdo deontológico e a "mens legis" da norma constitucional.

Os três temas, embora pertencentes a diferentes áreas do Direito do Trabalho, apresentam pontos de conexão que viabilizam seu estudo em conjunto, no plano da Constituição.

2. O SALÁRIO

2.1. A moderna concepção do salário

O salário constitui o próprio cerne do Direito do Trabalho. Para a economia ele é o preço de um dos fatores da produção; no campo trabalhista assume especial transcendência na medida em que é o preço da subordinação do empregado ao empregador.

Seu papel na sociedade humana vem assumindo crescente importância, ao ponto de não mais ter, em sua dimensão axiológica, trato puramente individual ou circunscrito às partes contratantes. Fala-se hoje no **salário social**, expressão pela primeira vez utilizada por PAUL DURAND em 1942, no artigo publicado na "Revue de Droit Social" sob o título "Remuneration du Travail et Socialization du Droit". O tema foi retomado em 1966 por FELIX PIPPI, com a célebre monografia "De la notion de salaire individue a la notion de salaire social".

Segundo AMAURI MASCARO NASCIMENTO, o salário social tem por escopo a substituição da justiça comutativa pela idéia de justiça distribu-

---

(1) "Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais", São Paulo, Saraiva, 1982, pág. 12.

(2) BASTOS, Celso Ribeiro, e BRITO, Carlos Ayres, ob. cit., pág. 13.

tiva e de justiça social (3). O mesmo autor ensina que:

"Não é salário unicamente o valor que é pago pelo empregador. A sociedade tem o dever de pagar salários organizando-se para a redistribuição. A contraprestação que se estabelece não é entre o trabalhador e o empregador. É entre o trabalhador e a sociedade. As novas fronteiras do salário devem tomar em conta esse aspecto de sua conceituação" (4).

O salário passa a ser, pois, também uma técnica de redistribuição de renda e de garantia de condições de existência dignas para o trabalhador e sua família. Nesse sentido, aliás, a teoria do salário social tem inúmeros pontos de contato com os princípios da seguridade social (5).

Estas considerações são feitas porque a idéia de salário social aflora com clareza da Constituição Brasileira de 1988. O conceito do salário como crédito do trabalhador junto ao empregador, mas também perante a sociedade, aparece vivo no Título I, Capítulo II, "Dos Direitos Sociais", e no Título VIII, Capítulo II, "Da Seguridade Social".

Verifica-se, pois, que o salário, tal como concebido na nova Carta, é um dos principais instrumentos para a consecução dos objetivos fundamentais da República, assim enunciados no art. 3º:

I — construir uma sociedade livre;

II — garantir o desenvolvimento nacional;

III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A partir dessa postura filosófica é que nos cabe examinar as mais significativas modificações ocorridas na ordenação constitucional do salário, tarefa delicada e perigosa, em se considerando o tempo exíguo para a necessária reflexão e amadurecimento das idéias.

2.2. Salário mínimo

O art. 7º, IV, está assim inscrito:

"Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

....

IV — Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim".

Da leitura do texto colhem-se algumas observações:

a) A determinação do salário mínimo, ou Piso Nacional de Salários (PNS), como o quer o Decreto-lei nº 2.351/87, é de competência do Poder Legislativo, o que põe fim à era dos decretos do Poder Executivo. Estão, em conseqüência, revogados, eis que incompatíveis com a regra constitucional, os arts. 81, 83, 84, 86 e 116 da Consolidação das Leis do Trabalho.

b) O salário mínimo é devido a todos que cumpram o máximo de 44 horas semanais, a teor do inciso XIII do mesmo art. 7º.

c) Seu valor é **único** para todo o território nacional, conforme já disposto na legislação ordinária (Decreto nº 89.589/84).

d) Deve atender às necessidades vitais básicas do empregado e de sua família, pelo princípio da suficiência. A expressão "necessidades vitais" faz lembrar o "salário vital adequado" a que se refere a Constituição da Organização Internacional do Trabalho, em seu preâmbulo. Ademais, harmoniza-se perfeitamente com o disposto na Convenção nº 131, ratificada pelo Brasil em 1983, que determina a fixação dos salários mínimos de modo a abranger "as necessidades dos trabalhadores e de suas famílias, tendo em vista o nível geral dos salários no país, o custo de vida, as prestações de previdência social e os níveis de vida comparados de outros grupos sociais".

e) Para atingir esse desígnio, são adicionados quatro novos fatores aos cinco tradicionalmente componentes do cálculo. São eles educação, saúde, lazer e previdência social, que expressam efetivo aumento real do valor do salário mínimo brasileiro.

f) Garante-se a periodicidade de reajustes para preservação de seu poder aquisitivo. As correções devem obrigatoriamente acompanhar os índices de inflação, para manter-lhe o real significado econômico. Assim, qualquer política salarial diversa, ainda que conjuntural, estará maculada de inconstitucionalidade, pois a norma assegura expressamente um **salário real mínimo**.

g) É mantido com a finalidade exclusiva de remuneração mínima do trabalho subordinado, não podendo servir de parâmetro para quaisquer outros cálculos ou preços da economia. A regra, por sua

---

(3) "Lineamentos do Conceito de Salário", em "El Salário", obra coletiva em homenagem ao Prof. Américo Plá Rodriguez, Montevidéo, Ed. Jurídicas Amálio M. Fernandez, 1987, tomo I, pág. 63.

(4) Idem, ibidem.

(5) "Apud" OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de, "Introdução Elementar ao Estudo do Salário Social no Brasil", São Paulo, LTr, 1964, pág. 106.

hierarquia, não mais se sujeita às políticas econômicas dos governos.

De outros dispositivos, no particular, merece realce o que se contém no inciso VII, ao conceder "garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável", alçando ao nível constitucional orientação consagrada no art. 78 da CLT e reiteradamente proclamada em doutrina e jurisprudência.

Também se constata uma expansão subjetiva da regra do salário mínimo, na medida em que passa a incidir sobre a remuneração dos trabalhadores avulsos (inciso XXXIV) e domésticos (art. 7º, parágrafo único), antes excluídos dessa garantia.

2.3. **Piso Salarial**

No inciso V do art. 7º, o comando é expresso nos seguintes termos:

"Piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho".

Para grande parte da doutrina, o piso salarial é uma forma de salário profissional. Para outros, como DÉLIO MARANHÃO, é uma espécie de salário de categoria, inconfundível com aquele. Para o ilustre professor, o salário de categoria, "estabelecido em convenção coletiva ou sentença normativa, é o mínimo para os integrantes de determinada categoria profissional, seja qual for a profissão exercida dentro dessa categoria", enquanto que o salário profissional "pressupõe, dentro da categoria, a fixação de um salário mínimo para cada profissão exercida" (6).

A doutrina admite a fixação de salários profissionais por lei, sentença normativa ou convenção coletiva, chegando ARNALDO SUSSEKIND a afirmar ser este último o melhor instrumento para tal finalidade (7).

O Supremo Tribunal Federal, sob o império da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, vinha julgando inconstitucional a estipulação de piso salarial através de sentença normativa, como se vê dos seguintes arestos:

"Não havendo previsão legal em que se fundamente cláusula relativa a piso salarial, ofende essa estipulação o art. 142, § 1º da Constituição Federal" (STF-RE-99.996-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 107, março/84, pág. 1.291).

"Como decidido no RE-93.548 (Pleno), ilegal é a concessão por sentença normativa de piso salarial" (STF-RE-100.129-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ, 109, julho/84, pág. 383).

No mesmo sentido se pronuncia o Tribunal Superior do Trabalho, como deflui destes acórdãos:

"Piso salarial. O recorrente afirma, e fundamenta sua argüição, que esta Justiça Especializada é competente para estabelecer piso salarial já que este diz respeito à categoria profissional. Falece, entretanto, competência ao judiciário trabalhista para outorgar e fixar salário mínimo face à inconstitucionalidade daí advinda. Na verdade a pretensão carece de amparo legal e nem mesmo a alegada obstaculação à rotatividade da mão-de-obra justifica a sua concessão. Essa tem sido a orientação jurisprudencial a respeito da matéria, prevalente neste TST" (Proc. TST-RO-DC-178/81, Ac. TP. 2.030/81, 2ª Reg., Rel. Min. Marcelo Pimentel, DJU 13-10-81, pág. 10.151).

"O piso salarial é inconstitucional, porque representa salário profissional. Conversão em salário normativo, com base na uniforme jurisprudência. Recurso em dissídio parcialmente provido" (Processo TST-RO-DC-233/82, Ac. TP. 2.580/82, 2ª Reg., Rel. Min. Marcelo Pimentel, DJU 15-12-82, pág. 13.008).

Esses entendimentos partiam da premissa de que o art. 142, § 1º da Emenda nº 1/69 impunha limites à competência normativa da Justiça do Trabalho, restringindo-a à lei, que não lhe permitia invadir a seara dos salários profissionais ou pisos salariais.

Em face do novo texto constitucional, fica expressamente aberta a possibilidade da criação de pisos salariais. Observe-se que o legislador constituinte, ao utilizar essa expressão, estava certamente com os olhos postos nas convenções coletivas e sentenças normativas que, no direito brasileiro, sempre a utilizaram e com exclusividade.

Por outro lado, o exame do art. 114. § 2º da nova Carta nos revela uma ampliação da competência normativa, na medida em que não mais a restringe à lei ordinária, salvo quanto aos limites mínimos de proteção ao trabalho. Leia-se o texto:

"Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho".

Em suma, é de se prever um incremento na elaboração normativa da Justiça do Trabalho, no que concerne a pisos salariais, salários profissionais

---

(6) "Direito do Trabalho", Rio, Fundação Getúlio Vargas, 5.ª edição, 1977, pág. 129.

(7) "Instituições de Direito do Trabalho", 10.ª edição, Rio, Freitas Bastos, 1987, vol. 1, pág. 392.

ou salários de categoria, por expressa autorização constitucional.

Finalmente, cabe realçar que, ao exame de direito constitucional comparado, se verifica que outros ordenamentos prevêem salários mínimos profissionais, tais como os da Itália, México e Portugal. A Carta mexicana, a propósito, é bastante explícita, como se vê da seguinte transcrição do art. 123, VI:

"Os salários mínimos serão gerais ou profissionais. Os primeiros aplicar-se-ão a uma ou a várias zonas econômicas; os segundos a ramos determinados da indústria e comércio ou a profissões, ofícios ou trabalhos especializados..."

"Os salários mínimos profissionais fixar-se-ão considerando, além disso, as condições das diferentes atividades industriais e comerciais".

2.4. Irredutibilidade do salário

Um dos dogmas da doutrina clássica é o princípio da irredutibilidade do salário. O art. 468 da CLT dispõe:

"Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia".

Essa regra, como quase todas as de natureza trabalhista, é cogente e imperativa, sobrepondo-se a quaisquer convenções ou acordos coletivos, segundo a ordem hierárquica das fontes. Como diz DÉLIO MARANHÃO, "a regulamentação estatal das relações de trabalho exprime um mínimo de garantias reconhecidas ao trabalhador" (8).

A nova Carta, no art. 7º, inciso VI, garante "irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo".

O texto parece ser fruto das idéias de **flexibilização**, tema bastante versado na atual doutrina européia e que coloca em cheque algumas posturas dogmáticas do Direito do Trabalho.

Para JAVILLIER, "el desarrolo de la flexibilidad en las relaciones de trabajo que hoy puede constatar-se implica el permanente cuestinomento de los elementos fundamentales del derecho del trabajo y del sistema de relaciones professionales" (9).

Segundo essa doutrina, o dinamismo da vida social e da atividade econômica devem encontrar ressonância rápida e efetiva no campo do direito. Há que tornar o princípio tutelar mais permeável às necessidades e interesses dos indivíduos, sem a perda do seu conteúdo axiológico, dos valores que inspiraram sua criação.

Em situações de crise econômica, a falta de flexibilidade das normas trabalhistas pode gerar mais prejuízos do que vantagens. É o que diz, por exemplo, o eminente BAYON-CHACON:

"... la inadaptación de las normas laborales a la realidad social por excesivo dogmatismo, por adscrición a principios caducos, pero que se siguen timando como sagrados dogmas, sin analizar las ventajas de su modificación, destaca que la inadaptación social de las normas laborales conduce, antes o después, a luchas y conflictos más prejudiciales para todos que su posible reforma"... "la inmovilidad jurídica frente a la movilidad social, acelera el processo de descomposición de lo constituído"... "la inadaptación social de las normas laborales es un factor importante en la producción del descontento, de la inseguridad, de la violencia y de la revolución" (10).

Essa elasticidade das normas protecionistas é vista como o melhor meio de superação da crise econômica e dos problemas advindos da revolução tecnológica, favorecendo a continuidade da relação de emprego, que é o bem jurídico de maior relevância.

Dentro de uma concepção transacional, a flexibilidade valoriza a negociação coletiva, através da qual o sindicato pode obter melhores condições de trabalho, concedendo aos empregadores as necessárias contrapartidas (11).

Note-se que o famoso Acordo Scotti, celebrado na Itália em 1983, envolveu uma diminuição das taxas de correção dos salários em vigor desde muitos anos e, em certos casos, até mesmo congelamento salarial, foi uma forma de pacto social que necessariamente afastou o princípio da irredutibilidade do salário, sob pena de se tornar inviável o progresso social e econômico.

A flexibilização corresponde talvez a uma substituição da responsabilidade individual pela responsabilidade social em matéria de trabalho (12).

---

(8) "Instituições de Direito do Trabalho", 10.ª edição, Rio, Freitas Bastos, 1987, vol. 1, pág. 145.

(9) "Ordenamento Jurídico, Relaciones Professionales y Flexibilidad. Enfoques Comparativos e Internacionales", em "Trabajo y Seguridad Social", Buenos Aires, Tomo XIV, 1987, pág. 5.

(10) "Apud" MADRID, Juan Carlos Fernandez, "La Tutela de las Relaciones Laborales en Época de Crisis", publicado nos anais do "VIII Congresso Ibero-Americano do Direito do Trabalho e da Seguridade Social", Buenos Aires, 1983, tomo I, pág. 52.

(11) "Apud" JAVILLIER, ob. cit., pág. 10.

(12) "Apud" ARTURI, Alejandro D. Rodriguez, e POPEZ, Gustavo Fernando, "La Tutela de las Relaciones La-

Em suma, o direito deve atender às necessidades da sociedade e ao bem comum. Uma interpretação da lei pode ser razoável em época de prosperidade e, entretanto, absolutamente irrazoável e socialmente nociva em face da grave crise econômica.

A frincha aberta no princípio da irredutibilidade salarial pelo art. 7º, inciso VI da nova Carta, ao admitir sua superação por convenção ou acordo coletivo, deflui das idéias da flexibilização, com o fito de assegurar aos parceiros sociais a busca de soluções globais negociadas, mediante concessões recíprocas, ao melhor estilo transacional.

Diante dessa norma constitucional, entendemos revogado o art. 503 da CLT, que permite a redução **unilateral** dos salários, até o limite de 25%, em razão de força maior ou prejuízos devidamente comprovados. O art. 2º da Lei nº 4.923/65, por sua vez, permanece intocado porque, além de subordinar a alteração salarial a acordo coletivo, em verdade não cuida de redução de salários, mas sim de **redução de jornada,** com manutenção do salário na proporção das horas trabalhadas.

2.5. Participação nos lucros

Desde que Napoleão, por decreto de 15 de outubro de 1812, assegurou aos artistas da "Comédie Française" o direito à participação nos lucros, essa forma de remuneração vem sendo estudada e preconizada.

Muitos a vinculam aos ideais de reforma da empresa, com a efetiva participação dos empregados nos lucros e na gestão, na busca permanente de solução da questão social.

Apareceu pela primeira vez, no Brasil, no art. 157, inciso IV da Constituição de 1946, que assegurava "participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar".

Esse texto não teve eficácia porque a lei ordinária regulamentadora jamais foi aprovada. Segundo alguns, tal se deveria ao fato de ter o legislador constitucional imposto a participação direta nos lucros, ou seja, **em dinheiro,** quando existem outras modalidades indiretas ou diferidas, como a aplicação em obras assistenciais de interesse de toda a coletividade. A rigidez da norma constitucional, pois, teria sido o principal obstáculo à sua efetividade.

A Constituição de 1967, em seu art. 158, V, bem como a Emenda nº 1, de 1969, garantiram "integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei". No que tange à participação nos lucros, a matéria continuou carente de lei regulamentadora, inclusive porque, segundo a unanimidade da doutrina, a legislação que criou o PIS/PASEP é de outra natureza.

A Carta de 1988, no art. 7º, inciso XI, dispõe:

"participação nos lucros. ou resultados desvinculada da remuneração e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei".

A matéria, tal como tratada no preceito acima, apresenta como principal característica a natureza jurídica **não salarial.** Com isto buscou o legislador estimular as entidades patronais à concessão do benefício, destacando-o do conjunto da remuneração dos empregados e reduzindo consideravelmente os encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais incidentes.

A participação nos lucros, tal como concebida na nova Constituição, constitui um aporte pecuniário que irá beneficiar exclusivamente, ou predominantemente, os empregados, na medida em que, desvinculado da remuneração, não provocará as repercussões econômicas tão temidas pelos empregadores. Essas repercussões, além dos encargos acima referidos, também decorrem da jurisprudência dos tribunais trabalhistas que, atribuindo à participação natureza salarial, acaba por retirar-lhe a necessária flexibilidade. Exemplo disto é o Enunciado nº 251 do Tribunal Superior do Trabalho:

"A parcela participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais".

O que se vê, portanto, é que a doutrina da flexibilização do Direito do Trabalho, já examinada no item 2.4, também produziu efeitos nesta área, certamente facilitando a introdução da participação obrigatória nos lucros em nosso direito positivo.

Por fim, cabe assinalar apenas que a participação "nos resultados" referida na norma constitucional abre a possibilidade de que não apenas os lucros ensejem benefícios aos empregados, mas também a receita, bruta ou líquida. Ao legislador ordinário caberá a delimitação dos contornos da matéria.

No direito comparado, encontramos dispositivo semelhante nas Constituições da Argentina, Cuba, Espanha, Itália, México, Peru, Portugal e Venezuela.

---

borales ante la Crisis Económico-Financiera de la Empresa", publicado nos anais do VIII Congresso Ibero-Americano, já citado, pág. 99.

3. FÉRIAS

3.1. Aspectos gerais

A nova Constituição brasileira, no inciso XVII do art. 7º, assegura "gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal".

As férias remuneradas, até 1934, figuravam na legislação de apenas doze países; com a Convenção nº 52, adotada em 1936 pela Organização Internacional do Trabalho, teve início significativo impulso na difusão desse direito pelas diversas ordens jurídicas nacionais (13). Na atualidade, as mais modernas cartas constitucionais, tais como as da Itália, República Popular da China, Argentina, Cuba, Espanha, Itália, Paraguai, Peru, Portugal, União Soviética e Venezuela, o contemplam.

3.2. Aplicabilidade imediata

As férias remuneradas previstas na Constituição Brasileira são de aplicação imediata eis que se apresentam revestidas de todas as condições para a exata compreensão de seu conteúdo e limites, não deixando qualquer "interstício entre o seu desígnio e o desencadeamento dos efeitos a que dão azo. Não se tensionam, no seu interior, a predisposição para atuar e a efetiva concreção. Neste sentido, sua estrutura lógica nada apresenta de singular, quando cotejada com a das demais regras admitidas no ordenamento jurídico" (14).

Com efeito, trata-se de simples aumento do valor da remuneração das férias, que não interfere nos demais contornos do instituto, tal como estatuídos na legislação infra-constitucional. Há absoluta harmonia entre o texto da nova Carta e o direito posto, a permitir sua imediata inserção no direito positivo, sem qualquer risco à operacionalidade do sistema.

3.3. O abono e as férias indenizadas

Algumas opiniões têm levantado a questão — para nós falsa — da incidência da majoração de 1/3 sobre o abono pecuniário previsto no art. 143 da CLT, entendendo-a indevida porque a norma constitucional se refere a "gozo de férias". Desse modo, as férias não gozadas, recebidas em dinheiro, estariam excluídas da incidência.

Em nosso ponto de vista, tal interpretação não encontra fundamento nas regras de hermenêutica constitucional. Conforme já dito em outro tópico deste trabalho, os modelos constitucionais se caracterizam por uma linguagem coloquial, "redigida, em certa medida, à feição de cartilha de primeiras letras jurídicas, incorporando ao seu vocabulário aquelas palavras e expressões de uso e domínio comum. É a primeira voz do direito aos ouvidos do povo, seu principal endereçado normativo, compondo um discurso que será tanto mais recepcionado quanto se utilize de instrumental terminológico já conhecido" (15).

As tecnicalidades dos variados ramos do direito, pois, não se prestam sempre — embora alguns conceitos fundamentais sejam imutáveis — à melhor exegese dos textos constitucionais. Deve-se empregar a técnica de analisar a norma à luz do senso comum e do que já se encontra assentado na linguagem e na consciência jurídica do povo.

Conseqüentemente, a expressão "gozo de férias", na técnica constitucional, abrange todas as hipóteses em que se desdobra o instituto, ou seja, o descanso propriamente dito, o abono pecuniário e até mesmo a indenização, quando se estiver diante de rescisão contratual, isto porque, nesta última hipótese, tem caráter compensatório, devendo equivaler ao dano sofrido.

3.4. Questões de direito intertemporal

O art. 5º, inciso XXXVI da nova Carta mantém princípio clássico do direito constitucional brasileiro ao proclamar que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Salvaguarda, pois, o direito adquirido contra qualquer lei posterior que venha a **prejudicá-lo**; quando represente vantagem para o titular, o texto não impede a aplicação da lei nova.

O direito a férias é adquirido **pelo empregado** após doze meses de trabalho, uma vez observados os demais requisitos legais. Para o empregador é apenas uma **obrigação** com termo inicial e final estabelecidos na lei. A respeito, diz ARNALDO SUSSEKIND:

> "O empregador, todavia, não poderá invocar direito adquirido em relação ao período concluído quando em vigor a legislação revogada. O titular do direito a férias é o empregado; o empregador assume, com o término do período aquisitivo, pelo empregado, a **obrigação** de lhe conceder férias" (16).

O fato do gozo das férias estar sujeito a termo inicial e final (os doze meses posteriores ao período aquisitivo) não o descaracteriza como direito adquirido do empregado, por força da regra expressa no art. 123 do Código Civil Brasileiro:

---

(13) VALTICOS, Nicolas, "Derecho Internacional del Trabajo", Madrid, Editorial Tecnos, 1977, pág. 329.

(14) "Apud" VASTOS, Celso Ribeiro, ob. cit., pág. 38.

(15) BASTOS, Celso Ribeiro, ob. cit., págs. 24/25.

(16) "Comentários à nova Lei de Férias", São Paulo, LTr, 1977, pág. 165.

"O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito".

De notar também que não se trata de direito cuja aquisição nasce do contrato. Em verdade, é gerado pela aplicação de leis cogentes, imperativas, de ordem pública, de interesse de toda a coletividade, às quais tradicionalmente se assegura eficácia imediata, como ensina CARLOS MAXIMILIANO:

"... preceitos imperativos ulteriores, inspirados pelo interesse social e pela necessidade da proteção ao trabalho, atingem os contratos em curso, pois, se referem ao estatuto legal da profissão; têm em vista os homens como obreiros, não como contratantes. Assim acontece com as leis trabalhistas em geral, especialmente as fixadoras das horas de labor cotidiano, das **férias periódicas** e do repouso hebdomadário" (17).

Os direitos sociais do trabalhador estão incluídos, na nova Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais, aos quais se atribui, a teor do art. 5º, § 1º, "aplicação imediata". E o art. 912 da CLT traduz orientação clássica do direito do trabalho brasileiro e do direito comparado quanto à aplicação imediata às relações em curso, assim entendidas aquelas **não consumadas** sob o império da lei anterior.

Conclui-se, pois, que as férias remuneradas com adicional de um terço são devidas nas hipóteses de:

a) período aquisitivo concluído antes de 5-10-88;

b) período aquisitivo iniciado antes de 5-10-88 e concluído depois;

c) rescisão contratual realizada após 5-10-88, quanto às vencidas e proporcionais;

d) gozo fracionado, tendo ocorrido o primeiro período antes de 5-10-88. Neste caso, a nova regra constitucional incidirá apenas sobre o segundo período, usufruído após 5-10-88;

e) férias em dobro, mesmo quando o período de concessão tenha se esgotado antes de 5-10-88.

As demais situações que se podem prever parecem-nos estar à margem do novo texto, a saber:

a) rescisão contratual, já computado o aviso prévio, anterior a 5-10-88;

b) férias concedidas, ou seja, comunicadas e pagas antes de 5-10-88, mesmo que o respectivo período concessivo extrapole essa data.

4. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

O inciso XXI do art. 7º da nova Constituição tem a seguinte redação:

"aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei".

No que tange à aplicabilidade da norma, entendê-mo-la apenas parcial, especialmente no que toca ao prazo mínimo de trinta dias, eis que, como se sabe, o art. 487, I da CLT estabelece oito dias, "se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior". Esse preceito da lei ordinária está revogado, dada a eficácia imediata da regra constitucional nessa parte.

Ainda no que concerne a seu efeito imediato, dúvida não há de que se estende ao empregado doméstico, em virtude de expressa referência contida no parágrafo único do mesmo artigo. Apenas como curiosidade, permitimo-nos mencionar o fato de que os domésticos, anteriormente, já haviam sido contemplados com o direito a aviso prévio através do Decreto nº 16.107, de 30 de julho de 1923, o qual não teve longa duração. A partir de 1930 o legislador preferiu excluir os trabalhadores domésticos da proteção trabalhista (18).

Quanto a seus demais traços, o instituto deverá ater-se ao que dispõe a CLT, nos arts. 487 a 491. A proporcionalidade, por sua vez, ficará na dependência de nova lei ordinária, conforme expressamente referido na Carta.

O aviso prévio proporcional tem sido instituído freqüentemente através de convenções coletivas de trabalho, em geral através de combinação da idade com o tempo de serviço. Não nos parece, assim, medida que possa provocar maior impacto nas relações de trabalho.

O Professor JÚLIO ASSUMPÇÃO MALHADAS, em estudo publicado recentemente, faz algumas conjecturas interessantes, "de lege ferenda". Afirma que a lei regulamentadora poderá, em face do novo texto constitucional, criar um novo aviso prévio o qual, além da proporcionalidade, teria também ampliado seu âmbito de aplicação, para abranger contratos a termo e até mesmo as dispensas com justa causa (19).

A observação é pertinente. Tanto em doutrina como no direito comparado o aviso prévio é apresentado sob distintas configurações. RUSSOMANO, por exemplo, considera que deveria ser exigível nos contratos de prazo determinado cujo termo final é incerto, v. g., os de obra certa; a lei italiana nº 604, de 1966, não retira ao trabalhador o direito a aviso prévio na hipótese de despedida justa (20).

---

(17) "Apud" SUSSEKIND, Arnaldo, ob. cit., pág. 162.

(18) "Apud" MARTINS NETTO, Modestino, "Manual de Aviso Prévio", Rio, Ed. Trabalhistas, 1972, pág. 16.

(19) Suplemento Trabalhista LTr 99-473/88.

(20) "Apud" MAGANO, Octávio Bueno, "Manual de Direito do Trabalho", São Paulo, LTr, 1980, vol. II, pág. 289.

5. CONCLUSÃO

São estas as reflexões que nos ocorreram, por ora, no tocante aos temas tratados.

Somente após a edição das leis regulamentadoras necessárias é que a matéria estará pronta para receber sua conformação definitiva, através da ação criadora da doutrina e da jurisprudência.

BIBLIOGRAFIA

1 — ARTURI, Alejandro D. Rodriguez, e LOPEZ, Gustavo Fernando, "La tutela de las relaciones laborales ante la crisis económico-financiera de la empresa", publicado nos anais do VIII Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, Buenos Aires, 1983.

2 — BASTOS, Celso Ribeiro, e BRITO, Carlos Ayres, "Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais", São Paulo, Saraiva, 1982.

3 — JAVILLIER, Jean-Claude, Ordenamiento Jurídico, Relaciones Profesionales y Flexibilidad. Enfoques Comparativos e Internacionales", em "Trabajo y Seguridad Social", Buenos Aires, Tomo XIV, 1987.

4 — MADRID, Juan Carlos Fernandez, "La tutela de las relaciones laborales en época de crisis", nos anais do VIII Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, Buenos Aires, 1983.

5 — MAGANO, Octávio Bueno, "Manual de Direito do Trabalho", São Paulo, LTr, 1980.

6 — MARANHÃO, Délio, "Instituições de Direito do Trabalho", 10ª Ed., Rio, Freitas Bastos, 1987.

7 — MARANHÃO, Délio, "Direito do Trabalho", Rio, Fundação Getúlio Vargas, 5ª edição, 1977.

8 — MARTINS NETTO, Modestino, "Manual de Aviso Prévio", Rio, Ed. Trabalhistas, 1972.

9 — NASCIMENTO, Amauri Mascaro, "Lineamentos do conceito de salário", em "El Salário", obra coletiva em homenagem ao Prof. Américo Plá Rodriguez, Montevidéo, Ed. Jurídicas Amálio M. Fernandez, 1987.

10 — OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de, "Introdução Elementar ao Estudo do Salário Social no Brasil", São Paulo, LTr, 1964.

11 — SUSSEKIND, Arnaldo, "Instituições de Direito do Trabalho", 10ª edição, Rio, Freitas Bastos, 1987.

12 — SUSSEKIND, Arnaldo, "Comentários à nova lei de férias", São Paulo, LTr, 1977.

13 — VALTICOS, Nicolas, "Derecho Internacional del Trabajo", Madrid, Editorial Tecnos, 1977.